A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Artur Carnaúba Guerra Sangreman Lima[1]

Artigo submetido em: maio/2015 **e aceito em** jul./2015

RESUMO

Sob o influxo dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção à confiança legítima, o Direito Administrativo vem se remodelando, com o intuito de valorizar mais fortemente a lealdade, a confiança e a cooperação nas relações existentes entre o Poder Público e o administrado. Sem pretender afastar o poder-dever de autotutela da Administração Pública, a Teoria dos Atos Próprios surge como importante vetor de interpretação, para evitar a adoção de comportamentos contraditórios em determinados casos.

Palavras-chave: Administração Pública. Boa-fé Objetiva. Proteção à Confiança. Teoria dos Atos Próprios. Proibição do Comportamento Contraditório.

PROHIBITING CONTRADICTORY BEHAVIOR IN GOVERNMENT

ABSTRACT

Under the influx of the principles of legal certainty, of objective good faith, and of the protection of legitimate trust, Administrative Law has been revamping itself in order to place greater emphasis on loyalty, trust, and cooperation when it comes to the relationship between the State and its citizens. Not wanting to disregard the authority and duty of self-rule in Government, the Principle of Consistency emerges as an important interpretation guide so as to keep contradictory behavior from being adopted in certain instances.

Keywords: Government. Objective Good Faith. Safeguarding Trust. Principle of Consistency. Prohibiting Contradictory Behavior.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de aplicação do princípio da boa-fé objetiva à Administração Pública, sobretudo no que diz respeito à vedação do comportamento contraditório. Para tanto, mostra-se necessário perceber que a manifestação da boa-fé objetiva, no âmbito do Direito Administrativo, possui algumas peculiaridades, seja

[1] Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera UNIDERP. Procurador do Município de Maceió.

em virtude das características inerentes às pessoas jurídicas de direito público, seja em face normas próprias que compõem este ramo do Direito.

Neste passo, adentra-se à análise do princípio da proteção à confiança (legítima), objeto de estudo pela doutrina administrativista, do qual se extrai uma ideia de coerência das pessoas jurídicas de direito público no que concerne a seus entendimentos, sem afastar a possibilidade de anulação de seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (autotutela).

Procede-se, então, à análise da aplicação da proibição do comportamento contraditório à Administração Pública, que efetiva a tutela da confiança no âmbito do Direito Público, buscando assim verificar os seus contornos e limites.

1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O direito brasileiro trabalha a boa-fé de duas maneiras diferentes. Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, falava-se apenas em boa-fé subjetiva, a qual se dirige à análise do aspecto psicológico, isto é, analisa-se a intenção do sujeito em praticar determinada conduta, o conhecimento acerca de fatos ou a violação a direitos de terceiros. É possível identificar sua aplicação nos casos de posse, em que a ciência ou a ignorância acerca de determinadas circunstâncias faz com que seja reconhecida a boa-fé ou a má-fé do sujeito.

A boa-fé objetiva, por sua vez, deriva da exigência de eticidade que as partes devem guardar nas relações jurídicas estabelecidas entre si. Trata-se de regra de comportamento, que se expressa pela atuação de acordo com padrões de lisura, honestidade, correção e cooperação, a fim de respeitar a legítima confiança despertada na outra parte. Numa expressão simples, fala-se da boa-fé objetiva como a “confiança adjetivada” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 164). Sobre o tema, Schreiber destaca:

> a boa-fé objetiva veio realizar plenamente a sua vocação de cláusula geral apta a impor parâmetros de conduta para as relações sociais, sobretudo por meio da criação de direitos e obrigações anexas ao objeto do contrato, voltadas a alcançar mútua e leal cooperação entre as partes (2012, p. 84).

O direito privado está alicerçado na autonomia privada e na confiança. Identifica-se, nesta última, marcada influência da Carta de 1988, que elenca a construção de uma sociedade solidária como um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Nessa linha, torna-se imprescindível que, na interpretação e aplicação do direito, incluindo-se aqui o privado, as partes deverão pautar suas ações de forma a respeitar a justa expectativa despertada no outro. Essa previsibilidade de comportamento apresenta-se, também, como mecanismo de

densificação do princípio da segurança jurídica, na medida em que traz coerência e estabilidade para as relações jurídicas, as quais passam a ser permeadas por condutas construídas sob o padrão de moral socialmente aceito e esperado.

Ao conceituar boa-fé objetiva, Miragem (2013) enquadra-a como um padrão de conduta externo, alheio ao sujeito, definidor das margens em que a atuação do indivíduo se desenvolve regularmente. Além de mencionar os deveres de lealdade, respeito e colaboração que as partes precisam guardar entre si nas relações jurídicas por eles estabelecidas, como forma de proteção das legítimas expectativas advindas de seus comportamentos, o autor coloca a cláusula geral da boa-fé objetiva como limite ao exercício de prerrogativas jurídicas e mecanismo de interpretação e integração de negócios jurídicos.

Nesse sentir, Lôbo (2012) refere-se à tríplice função da boa-fé objetiva: cânone de interpretação e integração dos negócios jurídicos; a de fonte de deveres jurídicos (deveres anexos); e função limitadora ou restritiva ao exercício de direitos subjetivos.

A função interpretativa da boa-fé objetiva traz consigo ideia de que, ao interpretar as cláusulas que compõem uma relação jurídica, deverá ser conferido o sentido que privilegie a proteção à confiança. Por sua vez, a função integrativa não se limita à colmatação de lacunas, ou seja, não incide apenas diante da ausência de regras para reger determinada questão. Deste conceito deflui o dever de as partes adotarem, no cumprimento de suas obrigações, uma conduta leal e cooperativa, com vistas a alcançar os propósitos de ambos, sem olvidar no necessário respeito à função social, ao reflexo desta relação jurídica sobre a sociedade. Conforme destaca Schreiber (2012), não se trata apenas de afastar a adoção de interpretações maliciosas ou dirigidas a prejudicar a contraparte, mas sobretudo que seja extraído do conteúdo da norma a interpretação que melhor compreenda os ideais de lealdade e honestidade, na linha dos disposto no artigo 113 do Código Civil.

Pela segunda função, a boa-fé configura-se como mecanismo de criação de deveres anexos, laterais, ancilares ou acessórios à obrigação principal. Com efeito, nenhuma destas denominações reflete idealmente o significado dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, haja vista que seu conteúdo não tem caráter meramente auxiliar, mas sim de observância necessária para o adequado cumprimento das obrigações. Os deveres anexos possuem caráter não-voluntarista, isto é, decorrem diretamente da boa-fé, independentemente de previsão expressa e da vontade das partes.

Os deveres decorrentes doa boa-fé objetiva podem até ser exemplificados, mas nunca enumerados taxativamente, haja vista que podem se apresentar de diversas maneiras, a depender das circunstâncias que permeiam as diferentes relações jurídicas. Dessa

impossibilidade de precisa identificação de seu conteúdo, segundo menciona Schreiber (2012), preserva o caráter aberto da cláusula geral da boa-fé objetiva.

A terceira função reflete a aplicação da boa-fé em seu sentido negativo, ou seja, impeditivo do exercício de direitos quando estes estiverem em contrariedade à necessária lealdade e confiança nas relações jurídicas. Nas palavras de Schreiber:

> Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé (2012, p. 89).

Lôbo destaca que uma das principais manifestações da boa-fé objetiva reside justamente no exercício inadmissível de direito, proibindo a adoção de comportamento contraditório, uma vez que: “a ninguém dado valer-se de determinado comportamento, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar mediante comportamento contraditório” (2012, p. 75).

A ordem jurídica vigente é marcada por sua abertura, permeada por conceitos indeterminados, permitindo a constante incorporação de conceitos e valores, resultando assim na formulação de novas normas. Não é adotado o modelo de hipótese e consequência. Em verdade, há a definição de uma moldura, um conceito vago, que permite o futuro ingresso de novos princípios valorativos, de novos *standards*, não previstos expressamente pelo legislador. As cláusulas gerais aparecem nesse contexto, sendo conceituadas por Tartuce como “janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do direito, caso a caso” (2014, p. 62).

A boa-fé conforma-se como uma cláusula geral, dotada de vagueza semântica, porém, com marcada carga valorativa, o que permite a proteção de situações jurídicas mediante a aplicação direta do princípio ao caso concreto, concretizando seu conteúdo, sem a exigência de um tipo específico para tutelar a respectiva relação jurídica.

2 A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Conforme referido anteriormente, a boa-fé objetiva se presta a limitar o exercício de prerrogativas jurídicas, leia-se, tem por fim a manutenção do equilíbrio das relações jurídicas, evitando que as partes que a compõem exerçam seus direitos de forma abusiva. Busca-se, assim, evitar o abuso de direito, que decorre de um comportamento contrário à finalidade da

norma, não obstante esta conduta preencha aquilo que se encontra textualmente disposto no enunciado prescritivo.

O exercício abusivo de direito guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, haja vista que o abuso deriva, sobretudo, de uma violação dos deveres de lealdade e confiança, que encontram seu fundamento na citada norma principiológica e, por conseguinte, analisa-se objetivamente o comportamento da parte, sem que se faça necessário averiguar sua intenção.

Além do exercício desleal de direito, a doutrina menciona que o abuso de direito pode restar caracterizado pelo seu não exercício de forma desleal. São situações em que seu titular adota condutas contraditórias, sendo uma primeira que gera uma confiança na outra parte de que determinado direito não será exercido e, posteriormente, ele adota a segunda conduta, por intermédio da qual exerce o mencionado direito, colocando-se de forma diametralmente oposta. Conforme destaca Schreiber, “o *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso de direito por violação à boa-fé” (2012, p. 119).

Adentrando efetivamente à análise da proibição do comportamento contraditório, pertinente é a definição de Menezes Cordeiro:

> A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido sem contestação por parte doutrina que o conhece, como inadmissível. (2001, p. 742)

Na lição de Schreiber (2009), a Teoria dos Atos Próprios, que se corporifica no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium* (expressão esta que sintetiza ideia segundo a qual ninguém pode vir contra fato próprio), tem por finalidade impedir que determinada pessoa contrarie comportamento seu anterior gerando, assim, prejuízo à pessoa que confiou no sua postura inicial. Trata-se da denominada proibição do comportamento contraditório, que se caracteriza como uma forma de efetivação o princípio da boa-fé objetiva.

Quanto à relação entre boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório, tem-se que esta encontra naquela o seu fundamento de validade, de modo que é perfeitamente aplicável a todas as situações submetidas ao âmbito de aplicação da cláusula geral, discorre Schreiber:

> A identificação da boa-fé objetiva como fundamento normativo do princípio da proibição do comportamento contraditório, que se verifica também na maior parte dos demais ordenamentos jurídicos, é, de fato, a melhor orientação. [...] como expressão de uma cláusula geral inserida no sistema, o *nemo potest venire contra factum proprium* é aplicável a todas as situações que se encontrem no âmbito desta cláusula geral (2012, p.102-103).

Nessa linha de vinculação da proibição do comportamento contraditório, observa Menezes Cordeiro que, "como expressão da confiança, o *venire contra factum proprium* situa-se já numa linha de concretização da boa fé" (2001, p. 753).

Assim, quatro seriam os requisitos para a aplicação do *venire contra factum proprium*:

> (I) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (II) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (III) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e por isto mesmo violador da legítima confiança); e (IV) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição (SCHREIBER, 2012, p. 132).

O primeiro pressuposto da aplicação da regra proibitiva do *venire* é a adoção de um comportamento inicial lícito. Não se fala em ilicitude das condutas quando analisadas isoladamente. Somente com a adoção do segundo comportamento, em contradição com o primeiro, é que se verifica o abuso do direito.

O comportamento inicial faz nascer a legítima confiança de que este será seguido posteriormente, ou seja, gera na outra parte a crença de que ele (titular do direito) não adotará posição jurídica contrária. As partes, ao estabelecerem suas relações jurídicas, precisam guardar uma coerência de conduta, haja vista que o padrão comportamental inicialmente adotado cria a confiança de que a mesma lógica será seguida nas condutas seguintes.

Surge, então, o segundo pressuposto para a aplicação do *venire contra factum proprium*: a confiança legítima na perpetuação daquele comportamento adotado de início. Exige-se que seja uma decorrência lógica, natural, da conduta inicial, fazendo surgir uma expectativa razoável acerca de sua manutenção para o futuro.

> Diz-se que a confiança deve ser legítima, isto é, deve decorrer naturalmente, razoavelmente, da conduta inicial. Assim, nos casos em que ao tempo da prática da conduta, o agente do comportamento enuncia ou objetivamente sugere que poderá modificá-la, ou quando, desde a sua realização, espera-se que a conduta inicial provavelmente não se confirmará, não haverá legítima confiança, podendo haver, isto sim, má-fé (ou mesmo ingenuidade excessiva) de quem alega haver criado fundada expectativa (FACCI, 2011, p. 75).

Schreiber enaltece que não se trata de uma simples exigência de manutenção da coerência. A proibição do comportamento contraditório é uma tutela da confiança, a significar a crença despertada na outra parte de que um dado comportamento inicialmente adotado seria perpetuado:

> a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim, causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e

> não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha aquém quer que seja coerência com um comportamento anterior (2012, p. 95-96).

O terceiro requisito é a contradição do segundo comportamento ao sentido objetivo do primeiro. Analisa-se se o comportamento posterior guarda contradição com o anterior, sendo com este incompatível. Não se mostra necessário averiguar a intenção, bastando que o titular do direito, por intermédio do comportamento contraditório, viole a confiança que legitimamente despertou em outrem.

Finalmente, menciona-se que a aplicação da Teoria dos Atos Próprios exige que a quebra da confiança gere prejuízo, dano. Admite-se que este dano seja efetivo ou potencial, moral ou patrimonial.

O Poder Judiciário tem reconhecido a aplicação da regra proibitiva do *venire*. No campo do direito processual, há diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da Ação Civil Originária nº 652 e dos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 724273, e do Superior Tribunal de Justiça, a saber, os Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1435400 e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1280482. No âmbito das relações civis, esta Colenda Corte de Justiça vem reconhecendo a abusividade da conduta de empresa operadora de plano de saúde que, mesmo diante da previsão contratual de cobertura de determinada patologia, restringiu os meios necessários para o tratamento ou recusou o tratamento mais apropriado para o caso, em clara violação ao princípio da boa-fé objetiva, incorrendo em inaceitável comportamento contraditório, conforme se extrai do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 341956 e do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 486383.

Na hipótese vertente, verifica-se uma conduta inicial, consubstanciada na celebração de contrato entre a operadora de plano de saúde e o particular, com expressa previsão à cobertura de certa patologia, que é acompanhada da legítima expectativa (confiança) de que serão empregados os meios necessários ao respectivo tratamento em caso de manifestação da doença. Posteriormente, quando esta efetivamente se manifesta, em que pese a expressa previsão de cobertura, a empresa restringe o tratamento, recusando-o ou fornecendo aquele que não se mostra mais indicado, perfazendo-se o comportamento contraditório, o qual gera, por certo, graves danos à outra parte.

A consequência da aplicação da proibição do comportamento contraditório é o reconhecimento da invalidade do segundo ato, na medida em que a quebra da confiança legítima consubstancia-se como violação da boa-fé objetiva.

Cumpre destacar, ainda, que a proibição do comportamento contraditório pode decorrer também de uma omissão. Trata-se da figura denominada pela doutrina de *supressio*, definida por Penteado (2006) como a perda de direito pelo seu não exercício por período de tempo prolongado, nos casos em que não incidem prescrição e decadência. Em tais hipóteses, a supressão do direito nasceria da crença de que este não mais seria exercitado.

A prescrição e a decadência diferenciam-se da *supressio*. Nos primeiros, o decurso de tempo e a inação do titular do direito são os critérios adotados para sejam aplicáveis. De modo diverso, a *supressio* não possui prazo definido, porém, requer que a omissão crie a confiança legítima de que aquele direito jamais seria exercido (FARIAS; ROSENVALD, 2012). A análise que se faz aqui é sob o prisma da boa-fé objetiva, avaliando-se se a omissão do titular do direito, por prolongado período de tempo, fez surgir a crença de que aquela situação jurídica estaria consolidada.

Não se pode olvidar que, paralelamente à aplicação da *supressio*, identifica-se a *surrectio*. Ambas são compreendidas como o verso e o anverso de uma mesma moeda, de modo que a supressão do direito de seu titular (*supressio*) gera para a outra parte o direito à estabilização da posição jurídica proveniente da omissão (*surrectio*).

3 A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO APLICADA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No âmbito do Direito Administrativo, a doutrina menciona que o princípio da proteção à confiança legítima é extraído do princípio da segurança jurídica, o qual é considerado como um dos fundamentos axiológicos do próprio Direito, juntamente à ideia de Justiça (ARAGÃO, 2013).

A segurança jurídica pode ser sistematizada sob duas perspectivas: estabilidade e previsibilidade. Pela primeira, as decisões estatais, sempre que cumpridas a forma e o procedimento legal estabelecidos, não poderiam ser modificadas arbitrariamente, de modo que eventual alteração demandaria a ocorrência de pressupostos materiais relevantes. Pela segunda, depreende-se a necessidade de existir certeza e calculabilidade acerca dos efeitos jurídicos dos atos normativos que recaem sobre os cidadãos (CANOTILHO, 2000).

Nessa linha de pensamento, é corriqueiro referir-se à segurança jurídica em seus aspectos objetivo e subjetivo. Em seu sentido objetivo, alude-se à necessidade de respeito aos valores consagrados no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), noutras palavras, estabilidade jurídica. Já o sentido

subjetivo carrega a ideia de respeito à confiança gerada a partir da postura adotada pelo Estado, ou seja, previsibilidade.

O princípio da proteção à confiança corresponde à segurança jurídica em seu aspecto subjetivo. Com efeito, a importância que vem conquistando hodiernamente confere-lhe a qualidade de princípio autônomo do Direito Administrativo. Por certo, o princípio da segurança jurídica tem aplicação ampla, recaindo sobre as relações de particulares entre si, assim como sobre as relações dos particulares com o Poder Público; por sua vez, o princípio da proteção à confiança, dele derivado, tem por fim proteger o particular de eventual atuação estatal arbitrária (OLIVEIRA, 2013).

Não se pode olvidar que a proteção à confiança também guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, o qual se presta justamente à tutela da confiança, da lealdade, da lisura, da honestidade e da cooperação. A boa-fé objetiva possui uma amplitude maior, seja porque dela é possível extrair uma gama maior de condutas exigidas, seja porque, assim como ocorre com o princípio da segurança jurídica, recai sobre uma diversidade maior de sujeitos. O princípio da proteção à confiança, a seu turno, restringe a atuação estatal, tutelando os interesses dos administrados, à medida que impõe limites à conduta da Administração Pública.

> a proteção da confiança constitui limite à atuação administrativa, em especial, ao exigir do exercício do poder pelo Estado-Administração, a consideração não apenas das razões de interesse público implicadas em determinada conduta administrativa, mas, igualmente, o respeito às situações havidas, constituídas regulamente ou – eventualmente – que padeçam de eventual irregularidade, mas que de algum modo (em especial em razão do decurso do tempo e da boa fé), se consolidaram, representando sua retirada do mundo jurídico, a frustração de expectativas legítimas e prejuízos àquele que originalmente beneficiado (MIRAGEM, 2013, p. 198).

O princípio da proteção à confiança legítima, sob o influxo da estabilidade e, em especial, da previsibilidade, ambos inerentes à segurança jurídica, insere no Direito Administrativo a proibição do comportamento contraditório. Tem-se, assim, que “a noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários” (OLIVEIRA, 2013, p. 71).

Sobre o tema, são precisas as palavras de Di Pietro:

> o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros (2014, p. 88).

Acerca da aplicação do *venire contra factum proprium* à Administração Pública, que se insere na cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual é fundada em valores constitucionais,

notadamente o da solidariedade social, Schreiber (2012) entende ser inconcebível o entendimento de que sua aplicação estaria restrita às relações privadas, admitindo assim sua incidência em relações de direito público.

Impõe-se o reconhecimento do princípio da proteção à confiança no ordenamento jurídico pátrio. Por conseguinte, mostra-se necessário delinear os requisitos para a sua aplicação. Assim, considerando que a tutela da confiança também é característica da boa-fé objetiva, há uma aproximação entre os pressupostos desta (citados em tópico anterior) e os da proteção à confiança.

Oliveira menciona cinco requisitos caracterizadores do princípio da proteção à confiança, os quais legitimariam sua aplicação num determinado caso concreto. Pela pertinência, transcreve-se a lição:

> a) ato da Administração suficientemente conclusivo para gerar no administrado (afetado) confiança em um dos seguintes casos: confiança do afetado de que a Administração atuou corretamente; confiança do afetado de que a sua conduta é lícita na relação jurídica que mantém com a Administração; ou confiança do afetado de que as suas expectativas são razoáveis;
> b) presença de 'signos externos', oriundos da atividade administrativa, que, independentemente do caráter vinculante, orientam o cidadão a adotar determinada conduta;
> c) ato da Administração que reconhece ou constitui uma situação jurídica individualizada (ou que seja incorporado ao patrimônio jurídico de indivíduos determinados), cuja durabilidade é confiável;
> d) causa idônea para provocar a confiança do afetado (a confiança não pode ser gerada por mera negligência, ignorância ou tolerância da Administração); e
> e) cumprimento, pelo interessado, dos seus deveres e obrigações no caso. (OLIVEIRA, 2013, p. 71).

Interessante precedente de aplicação do princípio da confiança legítima, como mecanismo de limitação da atuação da Administração Pública, encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[2]. Na oportunidade, o Estado de Mato Grosso, sem a necessária autorização do Senado Federal, outorgou para diversos particulares a concessão de terras públicas com áreas superiores a dez mil hectares, para fins de colonização (com diversas exigências de investimentos), violando o artigo 156, §2º, da Constituição de 1946. Assim, a União Federal ajuizou ação visando à declaração de nulidade dos respectivos contratos.

Todavia, considerando a participação de uma pessoa jurídica de direito público num dos polos da relação jurídica, o cumprimento da finalidade precípua de colonizar (habitar) região estratégica e o transcurso de cinquenta e três anos, nos quais os diversos negócios celebrados ensejaram a criação de cidades, a colenda Corte entendeu pela aplicação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da confiança legítima dos adquirentes dos lotes,

[2] Ação Civil Originária nº 79, Relator: Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, publicado em 28-05-2012.

deixando de anular os referidos contratos. Conforme restou consignado no voto condutor do julgamento:

> A fonte do princípio da proteção da confiança está, aí, na boa-fé do particular, como norma de conduta, e, em consequência, na *ratio iuris* da coibição do *venire contra factum proprium*, tudo o que implica vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas, ainda quando ilegais na origem. O Estado de Direito é sobremodo Estado de confiança.
> [...]
> o que tem decidido esta Corte é que, por vezes, o princípio da possibilidade ou necessidade de anulamento é substituído pelo da impossibilidade, em homenagem à segurança jurídica, à boa-fé e à confiança legítima.

Os requisitos referidos acima relacionam-se intimamente com os deveres de lealdade e confiança próprios da boa-fé objetiva. O principal intento é evitar que a Administração Pública adote comportamentos contraditórios, ou seja, que ela invalide um ato administrativo quando sua conduta inicial cria no administrado a expectativa de que aquela posição jurídica será mantida. Com efeito, considerando que a confiança é um sinalagma, o administrado também deverá agir com correção, haja vista que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.

Percebendo a íntima conexão que os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva possuem no âmbito do Direito Administrativo, Aragão trabalha a Teoria das Autolimitações Administrativas, a qual “veda à Administração Pública, de uma forma geral, a adoção de entendimentos contraditórios ou desconformes aos precedentes anteriormente estatuídos, na presença dos mesmos elementos fáticos” (2008, *online*). Para o autor, inserir-se-iam nela, na qualidade de subteorias, a teoria dos atos próprios e a teoria dos precedentes, sendo a principal diferença entre ambas a pessoa que mantém relação jurídica com o Estado, isto é, na primeira, a mesma é alvo dos atos anterior e posterior, já na segunda o precedente de caso idêntico é invocado por pessoa diversa, a fim de usufruir direito que possui o mesmo fundamento.

A Teoria das Autolimitações Administrativas tem por escopo conferir efetividade aos princípios da isonomia e da impessoalidade, de forma que o Estado dispense o mesmo tratamento a situações jurídicas equivalentes, mantendo um posicionamento coerente e uniforme.

> o dever de coerência por parte da Administração Pública decorre também do princípio constitucional da igualdade (art. 3º, IV, e art. 5º, caput e inciso I, CRFB/88) a medida em que a exigência de que sejam perpetradas as mesmas condutas ante as mesmas situações vai ao encontro da isonomia, que impõe igual tratamento a situações iguais, não sendo lícito à Administração agir de outra forma quando presente os mesmos elementos fáticos ou em situações jurídicas que contenham a mesma *ratio*. Nessa pauta, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, caput, CRFB/88), como projeção da isonomia, também encarta-se como fundamento normativo para a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações de Direito Público (FACCI,2011, p. 87).

Todavia, se de um lado é correto evitar que a Administração Pública adote comportamentos contraditórios, de outro verifica-se necessário estabelecer os parâmetros em que a regra proibitiva do *venire* terá incidência. Por conseguinte, concebe-se que a adoção da doutrina das autolimitações administrativas, com a consequente proibição de comportamento contraditório, demanda o preenchimento de três requisitos cumulativos, a saber:

> (1) Identidade subjetiva. Consiste na necessidade de o emissor do ato anterior e do ato posterior ser a mesma Administração Pública. Por mesma Administração Pública, entenda-se a mesma pessoa jurídico-administrativa, isto é, a Administração Pública, não importando se o ato supostamente contraditório foi praticado por outro órgão dentro da mesma Administração;
> (2) Identidade objetiva. Exige-se que o pressuposto para a emissão dos dois atos administrativos seja similar. As circunstâncias fáticas e jurídicas que orientaram a primeira decisão ou comportamento devem ser as mesmas.
> (3) Contradição entre ato anterior e posterior. Significa que, para invocar a Teoria, a atuação deve ser contraditória com a conduta anterior, tanto em relação ao conteúdo do ato em si como quanto aos seus fundamentos (ARAGÃO, 2013, p. 93).

O requisito inaugural para a aplicação desta teoria é a identidade subjetiva, ou seja, a mesma pessoa jurídica deve ser a emissora dos atos anterior e posterior. Não há falar, portanto, em comportamento contraditório quando outro ente político emana um ato contrário. É importante observar que, para o autor, a exigência de congruência entre os comportamentos adotados alcança órgãos diferentes de uma mesma Administração Pública.

O segundo requisito é a exigência de similitude entre os pressupostos fáticos e jurídicos que conformam os posicionamentos adotados primeiramente e posteriormente. Finalmente, o último requisito é a contradição entre os dois comportamentos.

Neste momento, faz-se necessário tecer algumas críticas sobre a Teoria das Autolimitações. É de fácil percepção a significativa diferença existente entre as subteorias dos atos próprios e dos precedentes. Na primeira, quando uma mesma pessoa invoca a confiança, ela tem como escopo uma conduta inicial do Poder Público que lhe foi diretamente direcionada. Já na teoria dos precedentes faz-se a utilização de um caso paradigma, no intento de manter o mesmo posicionamento jurídico.

Entretanto, conforme bem anota Aragão, “não há direito de isonomia à ilegalidade” (2013, p. 94). As subteorias, por certo, buscam a manutenção da coerência do ente estatal. Ocorre que não se pode entender que as consequências para ambas serão as mesmas se elas se pautam em premissas diferentes. Somente na teoria dos atos próprios é possível falar-se, efetivamente, em confiança legítima do administrado em face de uma conduta inicial da Administração. Os precedentes, sem dúvida, servem de base para a construção de condutas e decisões futuras, sejam do Poder Público ou dos particulares, mas não podem reconhecer que

uma situação jurídica constituída entre o Estado e um particular específico gerem direitos para terceiros, sobretudo quando a primeira padece de vício de ilegalidade. Desta forma, deve-se compreender que o precedente é mecanismo de interpretação e construção da decisão, mas não um elemento constitutivo de direitos subjetivos.

O interesse deste trabalho recai, então, sobre a aplicação da teoria dos atos próprios às pessoas jurídicas de direito público. Parcela da doutrina, inclusive, entende que haveria uma incompatibilidade entre esta teoria e a possibilidade de a Administração anular seus próprios atos quando contrários à lei ou de revê-los quando sua manutenção se mostrar inconveniente ou inoportuna, nos casos de discricionariedade. Contudo, a finalidade desta teoria não é de subtrair a prerrogativa de anular ou revogar atos administrativos, mas sim de evitar que o administrado seja surpreendido pela adoção de comportamentos contraditórios.

> O escopo da teoria dos atos próprios não é o de evitar a anulação ou a revogação de atos cuja preservação de afigura ilícita ou inconveniente. Não se trata de uma teoria voltada a eternizar atos jurídicos, conservando-os de modo permanente em contrariedade às exigências da lei ou dos interesses em jogo. Sua função é tão-somente a de evitar que a confiança legítima depositada por certa pessoa no comportamento adotado por outra seja lesada pela abrupta alteração deste comportamento. Como já se esclareceu em sede acadêmica, não há estado de confiança legítima ‘naquelas situações em que a lei autoriza expressamente a contradição do próprio comportamento’(SCHREIBER, 2009, *online*).

Assim, como mecanismo precípuo de afastar a surpresa na alteração de comportamento, notadamente no que tange à invalidação de atos administrativos, cumpre à Administração conferir o direito ao contraditório e à ampla defesa, os quais se encontram insculpidos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. A inobservância desta garantia constitucional ocasiona, com frequência, a anulação de processos administrativos. Além da oitiva do administrado, com o intuito de equilibrar a tutela da confiança e o interesse público em rever o ato administrativo ilegal, Schreiber (2012) menciona a necessidade preservar os efeitos jurídicos já consolidados em sua esfera subjetiva.

Em relação aos atos administrativos passíveis de revogação, regra geral, é difícil sustentar que um administrado detenha confiança legítima em sua manutenção. Entretanto, existem casos em que se vislumbra o direito à manutenção de um ato administrativo discricionário. Exemplificativamente, se o Poder Público, próximo ao fim da vigência de uma autorização, exige que o particular faça investimentos como condição para uma renovação e, em seguida, revoga aquele ato discricionário, o comportamento contraditório da Administração, por certo, fere a confiança legítima depositada pelo administrado (SCHREIBER, 2009).

Nesse sentido, conclui-se que a teoria dos atos próprios, em relação à Administração Pública, não pode ser invocada pela simples prática de ato administrativo anterior.

> Note-se: a simples prática do ato administrativo não pode ser invocada como fundamento para a aplicação da teoria dos atos próprios, fazendo-se necessário identificar no comportamento adicionalmente adotado pela Administração Pública a causa da eventual confiança legítima na preservação do ato. Tal comportamento, e não o ato administrativo em si, é que configura o *factum proprium*, como pressuposto da vedação posterior ao comportamento contraditório (SCHREIBER, 2009, *online*).

Analisando essa questão dos atos administrativos revogáveis, Miragem propõe solução diversa. Para ele, considerando que os direitos decorrentes destes são exercidos a título precário, não se afigura possível impor a sua manutenção para o Estado, sobretudo porque de sua natureza não se deflui uma expectativa de manutenção. Em casos tais, a consequência advinda do comportamento contraditório não seria a anulação do segundo ato, mas o dever de indenizar da Administração, diante da quebra da confiança legitimamente depositada na sua conservação:

> Os atos passíveis de revogação se integram num campo de probabilidade que não permite a crença de imutabilidade do ato. Contudo, da conduta da Administração, as circunstâncias em que se emite o ato ou mesmo a necessária motivação do ato de revogação podem limitar o poder de revogar os atos administrativos em face do princípio da proteção da confiança, excepcionalmente, quando existam elementos que induzam o particular a confiar na Administração mesmo se tratando de relação jurídica precária (MIRAGEM, 2013, p. 218).

A manutenção de atos administrativos que padecem de vício de ilegalidade mostra-se ainda mais complexa, inclusive porque tem vigência no ordenamento jurídico pátrio a presunção de que todos conhecem a lei (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O princípio da proteção à confiança não elimina o poder-dever de autotutela administrativa, de modo que a Administração continua a deter a prerrogativa de anular atos editados em desconformidade com a lei. Por outro lado, o princípio da legalidade não é absoluto, podendo ceder, num determinado caso concreto, quando em confronto com outro princípio, como o da proteção à confiança.

É pacífico na doutrina que, no caso de vícios anuláveis, admite-se a convalidação do ato, conservando-se seus efeitos. Quanto aos atos nulos, Miragem menciona que o princípio de proteção à confiança se apresenta de três diferentes formas:

> a) relativização do poder-dever da Administração de anular seus próprios atos (ponderação entre a autotutela administrativa e a segurança jurídica); b) a preservação dos efeitos obtidos pelo beneficiário de boa-fé que não tenha dado participado (sic) da invalidade do ato; e c) a limitação temporal para o exercício do direito de anulação do ato (MIRAGEM, 2013, p. 213).

Oliveira (2010) sustenta, ainda, a possibilidade de manutenção parcial de ato administrativo, como mecanismo de respeito aos princípios da confiança, segurança jurídica e boa-fé, de forma que a anulação do ato somente gerará efeitos prospectivos (*ex nunc*). Identificam-se, aqui, os casos em que a administração verifica que determinado servidor não preenchia os requisitos legais para a percepção de vantagem remuneratória que lhe estava sendo paga; a anulação do ato de implantação é cabível, entretanto, a restituição de valores não se afigura possível em casos de percepção de boa-fé.

O princípio da proteção à confiança se apresenta também diante da omissão estatal. A simples inércia no exercício de direitos ou prerrogativas não justifica a aplicação da teoria dos atos próprios. Entretanto, quando esta inércia decorre de uma reiterada e injustificada inação do Estado, é possível entender que o administrado passa a ter direitos decorrentes da proteção à confiança. Assim, se a Administração Pública é reiteradamente notificada de uma situação de ilegalidade e deixa cumprir com seu dever de anulação, nasce para o particular uma expectativa justa de que tal situação será mantida.

Acerca dos efeitos do comportamento contraditório da Administração Pública, Schreiber (2009) cita que o principal seria o efeito inibitório, consistente na imposição de limite à sua atuação, que em regra se reveste na anulação do ato administrativo que feriu a confiança inicialmente criada. De outra banda, fala-se também no efeito reparatório, aplicável às situações em que não mais se afigure possível impedir o comportamento contraditório, seja por questões fáticas ou jurídicas.

De forma parcialmente diversa, Oliveira (2013) entende que os efeitos da aplicação do princípio da proteção à confiança são dois: a) negativos ou de abstenção, impedindo o Estado de adotar determinada conduta; b) positivos, criando para o Estado o dever de editar atos administrativos benéficos para o administrado. O supracitado efeito reparatório estaria inserido neste último.

Dentro dos efeitos positivos, é possível identificar uma situação na qual o ato inicial gera a confiança de que um segundo ato será editado e outra em que o ato posterior seguirá os mesmos moldes do primeiro. Dois exemplos interessantes, ambos relativos a concurso público, podem ser citados: a) a Administração Pública, ao definir no edital de abertura de concurso público o número de vagas a ser preenchido, obriga-se a prover os respectivos cargos no decorrer do prazo de validade do certame; e b) se a Administração Pública reconhece que uma pessoa com surdez unilateral é portadora de deficiência para fins de ingresso no serviço público nas vagas reservadas, não pode posteriormente entender, em certame diverso, que tal limitação física não é suficiente para que esta pessoa concorra às vagas destinadas aos portadores de deficiência.

Em ambos os casos, o comportamento contraditório, violador da confiança, terá por consequência a imposição de um dever de agir para o Estado. No primeiro caso, mediante a nomeação dos candidatos aprovados no número de vagas. No segundo, pelo reconhecimento da surdez unilateral como condição suficiente para que o candidato concorra às vagas reservadas aos portadores de deficiência.

Por fim, certo que o princípio da proteção à confiança gera um ônus para o Poder Público, limitando prerrogativas que lhe são inerentes, inclusive para vedar a realização de controle de legalidade de seus próprios atos, a doutrina menciona dois limites à sua aplicação (OLIVEIRA, 2010).

Em primeiro lugar, não há falar em confiança legítima quando o administrado estiver agindo de má-fé, uma vez que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva têm caráter cooperativo, numa espécie de sinalagma, a exigir uma conduta leal de ambas as partes de uma relação jurídica. Destarte, tem aplicação aqui a máxima segundo a qual não é dado a ninguém beneficiar-se da própria torpeza. Por consequência, o administrado, quando atua positivamente, não pode, por exemplo, prestar informações falsas ou concorrer para a ilegalidade. Do mesmo modo, resta configurada a má-fé quando o administrado adota indevida conduta omissiva, deixando de fornecer informações imprescindíveis à correta decisão administrativa.

Em segundo lugar, não há falar em aplicação do princípio da proteção à confiança em casos de mera expectativa de direitos. Como destacar o autor, exige-se uma “expectativa qualificada”, assim como a presença dos requisitos anteriormente mencionados.

Tais limites têm o escopo de evitar a preservação de atos administrativos oriundos da má-fé do administrado, haja vista que a proibição do comportamento contraditório esteia-se na boa-fé objetiva, cujas exigências são completamente diversas, relacionando-se com lealdade, cooperação, honestidade e confiança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia do princípio da proteção à confiança (legítima) é reconhecida pela mais abalizada doutrina administrativista. Sua origem encontra-se nos princípios da segurança jurídica (em especial na exigência de previsibilidade que as ações e decisões da Administração Pública devem guardar) e da boa-fé objetiva, da qual se extraem deveres de conduta, tais como lealdade, respeito, confiança e cooperação.

Um dos principais mecanismos de densificação da boa-fé objetiva é a teoria dos atos próprios, que se traduz na proibição do comportamento contraditório. O reconhecimento de

sua aplicação, no âmbito do Direito Administrativo, não tem por fim o engessamento do Estado ou de posicionamentos jurídicos. Pretende-se, sobretudo, evitar que entendimentos jurídicos sejam modificados de forma abrupta, como mecanismo de homenagear também os princípios da igualdade e da impessoalidade.

Com efeito, aplicar a regra proibitiva do *venire* para a Administração Pública não significa o fim do poder-dever de autotutela, ou seja, esta continua a possuir a prerrogativa de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de ilegalidade, ou de revogá-los, quando não sejam mais convenientes e oportunos. A possibilidade de exercer a autotutela continua a ser a regra geral de nosso sistema.

Todavia, haverá casos em que a contradição entre os comportamentos inicial e posterior imporá limite à atuação do Poder Público, seja no sentido de impedir a determinada atuação (efeito negativo) ou para impor uma obrigação (efeito positivo).

Não se afigura possível mencionar precisamente em que casos o princípio da proteção à confiança poderá ser invocado, assim como é impossível enumerar os deveres de conduta decorrentes da boa-fé, haja vista que as circunstâncias do caso concreto podem implicar na sua adoção ou no seu afastamento.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

______. Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACCI, Lucio Picanço. Autolimitações administrativas: considerações sobre o dever de coerência da administração pública. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central: Banco Central do Brasil-BCB**, Brasília, DF, vol. 1, n. 1, p. 69-100, jun., 2011. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pgbcb/102011/PGBC_volume5_n1_internet_rev.pdf>. Acesso em: 21 de junho 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: **Contratos**. Vol. 4. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Método, 2013.

______. O princípio da Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Carioca de Direito**, vol. 1, n. 1, p. 83-98, janeiro/junho, 2010. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE-220683.pdf/RevistadeDireito.pdf >. Acesso em: 21 de julho 2014.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e ´venire contra factum proprium´. **Revista de Direito Privado** (São Paulo), São Paulo, v. 27, n. 1, p. 252-278, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

______. **Aplicação da Teoria dos Atos Próprios aos Atos Administrativos**. 2009. Disponível em: < http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direito-civil/A%20TEORIA%20DOS%20ATOS%20PROPRIOS%20E%20A%20SEGURANCA%20JURIDICA%20-%20APLICACaO%20DA%20TEORIA%20DOS%20ATOS%20PROPRIOS%20AOS%20ATOS%20ADMINISTRATIVOS.pdf>. Acesso em: 02 de julho de 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2014.